

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/161012>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

Europees mededingingsrecht en niet-economische belangen

178

J.W. van de Gronden*

De Europese mededingingsregels streven verschillende doelstellingen na, zoals de consumentenwelvaart en de instelling van de Europese interne markt. Hierdoor zit er reeds een zekere complexiteit 'ingebakken' in wat deze regels beogen te bereiken. Laat deze complexiteit nog wel ruimte om rekening te houden met niet-economische belangen? Deze vraag staat centraal in deze bijdrage, waarbij aandacht besteed wordt aan de Wouters-benadering en de diensten van algemeen economisch belang.

1. Inleiding

Ondernemingen worden geacht het eigen belang na te streven, waaronder vaak winstmaximalisatie wordt verstaan. In hoeverre kan er dan ruimte bestaan voor belangen, op bijvoorbeeld het terrein van milieu, zorg en cultuur? Een rechtsgebied, waarin deze vraag een prominente rol speelt, is het Europees mededingingsrecht. Het bevorderen van concurrentie op de interne markt (vroeger gemeenschappelijke markt geheten) is een belangrijk onderdeel van het Europese integratieproces. De achterliggende gedachte is, zoals bekend, dat door concurrentie op de Europese interne markt de markten van de verschillende lidstaten van de EU naar elkaar zullen toegroeien. Hierdoor is een dubbele doelstelling inherent aan het Europees mededingingsrecht. Naast consumentenwelvaart en daarmee het bevorderen van efficiëntie, dat elk modern stelsel van mededingingsrecht nastreeft, is marktintegratie altijd een belangrijke doelstelling van het Europees mededingingsrecht geweest.

Door de rol die de Europese mededingingsregels spelen, zit er reeds een zekere complexiteit 'ingebakken' in de doelstellingen die deze regels nastreven. Laat deze complexiteit nog wel ruimte om rekening te houden met niet-economische belangen? Deze vraag staat centraal in deze bijdrage. Naar aanleiding van de afscheidsrede van Bart Hessel als hoogleraar in Utrecht, in wiens werk veel

aandacht bestaat voor de rol van niet-economische belangen in het EU-recht, is deze bijdrage geschreven.¹

Benadrukt wordt dat de analyse alleen betrekking heeft op de Europese mededingingsregels vanwege de problematiek van de dubbele doelstelling. Het Nederlandse mededingingsrecht komt niet aan de orde. Verder is ervoor gekozen om met name stil te staan bij de bepalingen, waar de spanning tussen mededinging en niet-economische belangen duidelijk zichtbaar is geweest. Dit betekent dat aandacht wordt besteed aan het kartelverbod (artikel 101 VWEU) alsmede aan het verbod om misbruik te maken van een machtspositie (artikel 102 VWEU), de regels voor overheids- en mededinging (artikel 106 VWEU en de nuttigheffectnorm) en de staatssteunregels. Bij gebrek aan belangrijke rechtspraak, waarin de verhouding tussen de EU-regels voor het concentratietoezicht en niet-economische belangen wordt geproblematiseerd, zal de Europese Concentratieverordening² niet aan de orde komen.

Wat wordt in deze bijdrage onder niet-economische belangen verstaan? Het gaat hier met name om aangelegenheden, waarin niet het individuele belang van een bedrijf of het groepsbelang van ondernemingen, vrije beroepen of andere economisch actieven centraal staat. Niet-economische belangen overstijgen de zorgen van individuele of specifieke groepen marktdeelnemers. In de literatuur worden ook andere termen gebruikt. Houdijk verwijst bijvoorbeeld naar de term 'publiek belang', waaronder verstaan wordt een doelstelling die volgens officiële overheidsstukken moet worden nagestreefd.³ Een ander onderscheid is dat tussen mededingingsbelangen en niet-mededingingsbelangen. Andere beleidsterreinen dan die van de mededinging, bijvoorbeeld zorg, milieu enz. worden dan afgezet tegen de bescherming van de mededinging.⁴ Naar mijn mening staat bij al deze benaderingen dezelfde spanning centraal: moeten ondernemingen zich alleen richten op concurreren met andere ondernemingen of mogen zij ook rekening houden met overwegingen van algemeen belang die geen directe betrekking op het concurrentieproces hebben? In deze bijdrage is gekozen voor de term 'niet-economische belangen' om aan te geven dat deze belangen afgezet moeten worden tegen economische doelstellingen, zoals die met betrekking tot de consumentenwelvaart en de marktintegratie.

* Prof. mr. J.W. van de Gronden is als hoogleraar Europees recht verbonden aan de Radboud Universiteit Nijmegen en redacteur van dit tijdschrift.

1 Zie ook A. Gerbrandy & R. Rampersad, *De sociale markteconomie van de EU en de kansen voor Nederland*, Den Haag: BJu 2016. Dit boek is ook verschenen naar aanleiding van de afscheidsrede van Bart Hessel.

2 Verordening (EG) 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEU* 2004, L 24/1.

3 J.C.A. Houdijk, *Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen*, Deventer: Kluwer 2009, p. 4-5.

4 Zie S. Lavrijssen, 'What role for national competition authorities in protecting non-competition interests after Lisbon?', *ELR* 35 (2010) 5, p. 640.

2. Doelstellingen in het EU-mededingingsrecht: opkomst van de consumentenwelvaart?

In verschillende zaken heeft het Hof zich uitgesproken over de doelstellingen van het Europese mededingingsrecht. Voor een goed begrip van deze jurisprudentie is het van belang om het beleid van de Commissie van de laatste 15 jaar in ogenschouw te nemen. De Commissie heeft in verschillende officiële stukken in deze periode benadrukt dat consumentenwelvaart de kerndoelstelling van het Europese mededingingsrecht is. Zo stelde de Commissie in de Richtsnoeren over artikel 81 lid EG-Verdrag (thans artikel 101 lid 3 VWEU) dat de doelstelling van artikel 101 VWEU het vergroten van de consumentenwelvaart en het verbeteren van de efficiënte allocatie van middelen is.⁵ Weliswaar wordt ook op het belang van de interne markt gewezen, maar de totstandkoming ervan staat ten dienste aan de bevordering van de consumentenwelvaart. In de Guidance Article 82 EC (thans artikel 102 VWEU) legde de Commissie ook de nadruk op de voordelen die consumenten kunnen hebben bij het goed functioneren van het mededingingsproces en op het belang van de consumentenwelvaart.⁶ In deze benadering is het problematisch om niet-economische belangen een plaats te geven in de mededingingsrechtelijke beoordeling, omdat deze belangen niet geacht worden onderdeel te zijn van de doelstelling van de consumentenwelvaart.⁷ Het Hof heeft zich in een aantal arresten uitgelaten over deze sterke nadruk op de doelstelling van consumentenwelvaart. Met name in de arresten *T-Mobile*⁸ en *GlaxoSmithKline*⁹ nam deze Europese rechter een duidelijke stelling in. Overwogen werd dat artikel 101 VWEU niet alleen erop gericht is om '(...) de rechtstreekse belangen van de concurrenten of van de consument te beschermen (...)', maar ook ernaar streeft '(...) om de structuur van de markt en daarmee de mededinging als zodanig veilig te stellen (...)'.¹⁰ De exacte formulering die het Hof hanteert om de doelstellingen te omschrijven, is enigszins opmerkelijk. Consumentenwelvaart is immers niet volledig gelijk aan consumentenbescherming, laat staan aan de bescherming van de belangen van concurrenten. Door evenwel uitdrukkelijk te verwijzen naar de noodzaak om

de structuur van de markt en de mededinging als zodanig veilig te stellen, heeft het Hof aangegeven dat consumentenwelvaart niet de enige doelstelling is en dat ook de conclusie dat aan deze doelstelling de hoogste prioriteit toekomt, niet gerechtvaardigd is. Deze visie heeft het Hof ook bevestigd voor artikel 102 VWEU. In het arrest *TeliaSonera*, waarin het prijsbeleid van een dominante onderneming onder de loep werd genomen,¹¹ betoogde het Hof dat artikel 102 VWEU beoogt te voorkomen '(...) dat de mededinging wordt vervalst ten nadele van het algemeen belang, de individuele ondernemingen en de verbruikers (...)', en om op deze wijze bij te dragen '(...) tot het welzijn in de Unie (...)'.¹² Dit is een zeer brede formulering, waaronder vele doelstellingen kunnen worden gebracht. Al met al is duidelijk dat marktintegratie nog steeds van groot belang is. De bevordering van de concurrentie leidt immers tot versterking van de interne markt en daarmee tot het 'welzijn van de Unie'.

Uit bovenstaande volgt dat aan het Europese mededingingsrecht niet alleen overwegingen van consumentenwelvaart ten grondslag liggen. De bevordering van de concurrentie wordt gezien als een beleidsterrein dat gunstig is voor de realisering van een groot scala aan doelen. De overwegingen van het Hof in arresten als *T-Mobile*, *GlaxoSmithKline* en *TeliaSonera* laten de conclusie toe dat zelfs naast de vaak in de literatuur genoemde doelstellingen van consumentenwelvaart en marktintegratie,¹³ andere doelen worden nagestreefd door het EU-mededingingsrecht. Dit doet de vraag rijzen of hieronder ook niet-economische belangen kunnen vallen.¹⁴ Een probleem bij de beantwoording van deze vraag is, zoals Gerbrandy heeft gesteld, dat er een legitimiteitsprobleem voor kartelautoriteiten bestaat om niet-economische belangen te betrekken in de uitoefening van hun bevoegdheden. De aan hen toebedeelde bevoegdheden hebben betrekking op concurrentie en niet op andere belangen. Door middel van 'deliberative democracy' (panels bestaande uit burgers) zou dit probleem dan vervolgens moeten worden opgelost, zo is verdedigd door Gerbrandy.¹⁵

Naar mijn mening zou ook betoogd kunnen worden dat tot op zekere hoogte dit legitimiteitsprobleem in het Europees mededingingsrecht al opgelost is. Hessel heeft erop gewezen dat het EU-recht niet waardevrij is met betrekking tot de economische ordening: het EU-Verdrag formuleert verschillende algemene doelstellingen,¹⁶ zoals

5 Zie randnummer 13 van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, *PbEU* 2004, C 101/97.

6 Zie randnummer 5 en 30 van Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 EG-Verdrag (thans artikel 102 VWEU) op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, *PbEU* 2009, C 45/7.

7 Zie A. Gerbrandy, 'Addressing the legitimacy problem for competition authorities taking into account non-economic values: the position of the Dutch Competition Authority', *ELR* (2015) 5, p. 771-772.

8 HvJ EG 4 juni 2009, C-8/08, *Jur.* 2009, p. I-4529 (*T-Mobile*).

9 Zie HvJ EG 6 oktober 2009, gevoegde zaken C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, *Jur.* 2009, p. I-9291 (*GlaxoSmithKline*).

10 Zie r.o. 38 van het arrest *T-Mobile*. Vergelijkbare bewoordingen worden aangetroffen in r.o. 63 van *GlaxoSmithKline*.

11 HvJ EU 17 februari 2011, C-52/09, *Jur.* 2011, p. I-527 (*TeliaSonera*).

12 Zie r.o. 22 van het arrest *TeliaSonera*. Een vergelijkbare algemene overweging wordt aangetroffen in r.o. 42 van HvJ EG 22 oktober 2002, C-94/00, *Jur.* 2002, p. I-9011 (*Roquette Frères*).

13 Zie bijv. J.F. Appeldoorn & H.H.B. Vedder, *Mededingingsrecht. Beginselen van Europees en Nederlands Mededingingsrecht*, Groningen: Europa Law Publishing 2013 (2e druk), p. 32-33.

14 In 1987 wees Hessel reeds op het belang van, wat hij noemde, de sociale verantwoordelijkheid van de onderneming. Zie B. Hessel, *Rechtsstaat en economische politiek*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 516-520.

15 Zie Gerbrandy, *ELR* (2015) 5, p. 773-781.

16 Zie artikel 3 lid 3 EU-Verdrag.

duurzame ontwikkeling, een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen en bescherming van het milieu.¹⁷ Binnen het EU-recht bestaat derhalve ruimte om de markt aan te vullen en te corrigeren.¹⁸ De genoemde doelstellingen zijn vastgelegd in een verdrag gesloten door democratisch gelegitimeerde staten. Tevens bevat dit verdrag de belangrijkste principes voor het EU-recht. Verdedigd kan daarom worden dat indien de niet-economische belangen, waarbij met de toepassing van de Europese mededingingsregels rekening wordt gehouden, terug te voeren zijn op de doelstellingen van het EU-Verdrag, deze toepassing democratisch gelegitimeerd is. Niet voor niets bepaalt artikel 7 VWEU dat er samenhang moet zijn tussen de verschillende beleidsmaatregelen en optredens in de EU. Deze verplichting wordt nageleefd, wanneer de EU-instellingen bij de interpretatie en toepassing van het EU-mededingingsrecht een belangrijke plaats aan bepaalde doelstellingen van niet-economische aard toekennen. Van een volledige vrije markteconomie is geen sprake in de EU, omdat naast de concurrentie een groot aantal andere belangen altijd een rol hebben gespeeld in de Verdragen.¹⁹ Daar kan aan worden toegevoegd dat het VWEU verschillende bepalingen kent die verplichten dat bepaalde belangen geïntegreerd worden in het beleid en het optreden van de Unie,²⁰ hetgeen consequenties heeft voor de toepassing van de mededingingsregels.²¹ Evenwel moet worden opgemerkt dat de in het EU-Verdrag en het VWEU genoemde doelstellingen in tamelijk algemene bewoordingen zijn geformuleerd en daarom nog nadere uitwerking behoeven. Al met al kan het antwoord op de vraag of niet-economische belangen een rol kunnen spelen bij de toepassing van de mededingingsregels, wellicht gevonden worden door de doelstellingen van het mededingingsrecht te bezien in het licht van de algemene doelstellingen van de EU. Hierna wordt bekeken in hoeverre in de mededingingsrechtelijke praktijk aandacht is besteed aan de niet-economische belangen. Allereerst komen artikel 101 en 102 VWEU aan de orde. Daarna wordt ingegaan op de EU-regels voor overheid en mededinging. Vervolgens wordt het EU-staatssteunrecht besproken.

3. De toepassing van artikel 101 en 102 VWEU

Artikel 101 VWEU verbiedt ondernemingen om concurrentiebeperkende afspraken te maken (kartelverbod), terwijl artikel 102 VWEU het aan dominante ondernemingen niet toestaat om misbruik te maken van een economische machtspositie. Hieronder komt aan de orde in hoeverre bij de toepassing van deze bepalingen niet-economische belangen een rol spelen.

3.1. Cao's en mededingingsrecht

In zijn bekende *Brentjens*-rechtspraak²² over collectieve arbeidsovereenkomsten heeft het Hof geaccepteerd dat dit type overeenkomsten immuun voor artikel 101 lid 1 VWEU is, indien aan de volgende twee voorwaarden is voldaan: (1) de afspraken in kwestie zijn het resultaat van collectief overleg tussen de vakbonden enerzijds en de werkgevers of werkgeversorganisaties anderzijds, en (2) het onderwerp van deze afspraken heeft betrekking op arbeids- of werkgelegenheidsvoorwaarden. In deze rechtspraak legde het Hof grote nadruk op de coherente uitleg tussen de verschillende Verdragsbepalingen, met name die betreffende de mededinging en het sociale beleid.²³ Hiermee werd recht gedaan aan de verschillende doelstellingen die de Verdragen nastreven. De doelstellingen van het mededingingsrecht werden immers geïnterpreteerd in het licht van de algemene doelstellingen van de Verdragen. De benadering is echter wel beperkt tot 'echte' cao's: afspraken over bijvoorbeeld pensioenen vastgelegd in een besluit van een beroepsvereniging voor medische specialisten vielen gewoon onder de reikwijdte van artikel 101 lid 1 VWEU.²⁴ Een dergelijk besluit wordt niet gezien als het resultaat van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners, nu medische specialisten zelfstandigen zijn en geen werknemers. In het arrest *FNV Kunsten*²⁵ bevestigde het Hof deze benadering, maar besliste wel dat in geval van schijnzelfstandigen de gemaakte afspraken wel onder de benadering, zoals ontwikkeld in *Brentjens*, konden vallen. Indien er sprake is van een gezagsverhouding tussen opdrachtgever en degene die de opdracht in kwestie uitvoert, wordt de laatstgenoemde beschouwd als een werknemer. Door

17 B. Hessel, 'Enkele gedachten over de omgang met de sociale markteconomie van de Europese Unie en de betekenis voor Nederland, vanuit het interdisciplinaire verleden van "De Utrechtse School"', in: A. Gerbrandy & R. Rampersad, *De sociale markteconomie van de EU en de kansen voor Nederland*, Den Haag: BJu 2016, p. 36.

18 Zie vorige noot.

19 Zie T.R. Ottervanger, *Maatschappelijk verantwoord concurreren: mededingingsrecht in een veranderende wereld* (oratie Leiden), 2010, p. 9-10.

20 Zie bijvoorbeeld artikel 8-13 VWEU. Op grond van deze bepalingen dienen in het beleid en het optreden van de EU de volgende belangen te worden geïntegreerd: gelijke behandeling mannen en vrouwen, sociale bescherming, bestrijding van discriminatie, milieubescherming, consumentenbescherming en dierenwelzijn.

21 Op de consequentie van deze integratiebeginselen voor het EU-mededingingsrecht wees Mortelmans reeds. Zie K.J.M. Mortelmans, 'Niet-economische belangen en de Mededingingswet', *NJB* 1999, afl. 27, p. 1249-1250.

22 Zie HvJ EG 21 september 1999, C-67/96 (*Albany*), gevoegde zaken C-115/97, C-116/97, C-117/97 (*Brentjens*) en C-219/97 (*Drijvende bokken*), *Jur.* 1999, p. I-5751 e.v.

23 Zie J.W. van de Gronden & K.J.M. Mortelmans, 'Het mededingingsrecht en niet-economische belangen: 2003 het cruciale jaar?', in: J.W. van de Gronden & K.J.M. Mortelmans, *Mededinging en niet-economische belangen*, Deventer: Kluwer 2001, p. 311.

24 Zie bijv. HvJ EG 12 september 2000, gevoegde zaken C-180/98-C-184/98, *Jur.* 2000, p. I-6451 (*Pavlov*).

25 HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV Kunsten*).

een onderscheid te maken tussen schijnzelfstandigen en echte zelfstandigen heeft het Hof meer ruimte voor sociale bescherming van werkenden in het leven geroepen dan voor het wijzen van het arrest *FNV Kunsten* het geval was.²⁶ Al met al is duidelijk dat de immuniteit van collectieve arbeidsovereenkomsten voor artikel 101 lid 1 VWEU beperkt blijft tot afspraken op de arbeidsmarkt.

3.2. De Wouters-benadering

Van groot belang voor de problematiek van niet-economische belangen en mededinging is het arrest *Wouters*²⁷ naar mijn mening. In dit arrest heeft het Hof beslist dat afspraken die vrije beroepsbeoefenaren maken met het oog op deontologie geoorloofd zijn, ook al leiden zij tot mededingingsbeperkingen, mits de afspraken in kwestie niet verder gaan dan noodzakelijk is.²⁸ In wezen heeft het Hof in *Wouters* een afweging gemaakt tussen mededinging en de noodzaak om doelstellingen van professionele ethiek te realiseren. Aan de orde was namelijk een verbod opgelegd door de Nederlandse Orde van Advocaten aan zijn leden om een geïntegreerd samenwerkingsverband met accountants op te zetten. De reden voor dit verbod was om belangenverstrengeling te voorkomen. In *Wouters* werd de realisering van deze doelstelling doorslaggevend geacht om de aan de orde zijnde beperking van de concurrentie gerechtvaardigd te achten. De integriteit van de beroepsgroep kan in de visie van het Hof blijkbaar niet gerealiseerd worden door middel van efficiënt handelen, en daarom is een ander beoordelingskader vereist.²⁹ Het gaat dan niet om de vergroting van de consumentenwelvaart, maar om de vraag welke plaats het ethisch handelen in een bepaalde beroepsgroep moet hebben. Indien het ethisch handelen noodzakelijk is voor het goede functioneren van de beroepsgroep, moet het belang van de mededinging daarvoor wijken. In de zaak *Wouters* werd met andere woorden geen afweging gemaakt tussen het ethisch handelen aan de ene kant en het mededingingsbelang aan de andere kant.³⁰ Het ging er alleen om of de aan het Hof voorgelegde ethische regels als zodanig noodzakelijk waren voor het goede functioneren van de advocatuur.

In latere rechtspraak heeft het Hof de benadering ontwikkeld in *Wouters* nogmaals toegepast. In de zaak *OTOC*, die betrekking had op regulering door accountants, werd tevergeefs een beroep op deze benadering gedaan, omdat niet aangetoond kon worden dat voldaan was aan het evenredigheidsbeginsel.³¹ In de zaak *Consiglio nazionale*

*dei geologi*³² liet het Hof in het midden of dit beginsel was nageleefd. Aan de orde was het verbod van de Italiaanse beroepsvereniging voor geologen om tarieven in rekening te brengen die in strijd zijn met de waardigheid van het beroep. Het gevolg hiervan zou kunnen zijn dat de vaststelling van een tarief beneden een bepaald niveau in strijd met dit verbod was, hetgeen kon leiden tot een situatie die te vergelijken was met de vaststelling van minimumprijsvoorschriften.³³ Hoewel de aan de orde zijnde beroepsregulering betrekking had op tarieven, sloot het Hof, opmerkelijk genoeg, niet uit dat de Wouters-benadering van toepassing kon zijn. De nationale rechter had echter te weinig gegevens overgelegd, om vast te stellen of de regulering van de Italiaanse beroepsorganisatie proportioneel was. Daarom kreeg deze de opdracht van het Hof om dit zelf na te gaan bij de definitieve afhandeling van het geschil.³⁴

In tegenstelling tot de zaak *Consiglio nazionale dei geologi* stelde het Hof daarentegen in *Meca-Medina*³⁵ wel vast dat de aan de orde zijnde regulering proportioneel was. Interessant aan deze zaak was voorts dat het niet ging om maatregelen getroffen door een organisatie van vrije beroepsbeoefenaren, maar om antidopingregels van een sportbond. Blijkbaar kan de Wouters-benadering ook worden toegepast buiten het domein van de vrije beroepen. Duidelijk is evenwel dat antidopingregels ook aanlegenheden van professionele ethiek betreffen: concurrentievervalsing en gezondheidsproblemen moeten voorkomen en bestreden worden.

Weer een stapje verder ging het Hof in de zaak *Api*.³⁶ Hier paste het Hof de Wouters-benadering toe buiten het kader van het kartelverbod, namelijk in de context van de nuttigeffectnorm (lidstaten mogen op grond van artikel 101 VWEU juncto artikel 4 lid 3 VEU niet het nuttig effect aan het kartelverbod ontnemen; deze norm wordt verder besproken in paragraaf 4 van deze bijdrage). Anders dan het kartelverbod is deze norm niet aan ondernemingen maar aan de overheid gericht. De Italiaanse maatregel die centraal stond in de zaak *Api*, kwam er in wezen op neer dat een afspraak over minimumtarieven in de vervoerssector algemeen verbindend was verklaard.³⁷ Het Hof ging na of de beperking van de mededinging veroorzaakt door de Italiaanse overheid gerechtvaardigd was op grond van de Wouters-doctrine, omdat gesteld was dat deze maatregel noodzakelijk was met het oog op de verkeersveiligheid. Dit was niet het geval omdat er geen duidelijk verband bestond tussen de doelstelling van de verkeersveiligheid en de bedrijfskosten.

²⁶ Zie K. Hellingman, 'Over schijn en wezen in het economisch en sociaal recht: FNV KIEM tegen de Staat', *SEW* 2015, afl. 11, p. 533.

²⁷ HvJ EG 19 februari 2002, 309/99, *Jur.* 2002, p. I-1577 (*Wouters*).

²⁸ Zie r.o. 97 van het arrest *Wouters*.

²⁹ J. Mulder, 'Op het snijvlak van onafhankelijkheid en openheid: wat is de rol van de ACM in een duurzame maatschappij?', *SEW* 2014, afl. 12, p. 575.

³⁰ Vergelijk Mulder, *SEW* 2014, afl. 12, p. 574-575.

³¹ HvJ EU 28 februari 2013, C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127 (*OTOC*).

³² HvJ EU 18 juli 2013, C-136/12, ECLI:EU:C:2013:489 (*Consiglio nazionale dei geologi*).

³³ Zie r.o. 38 van *Consiglio nazionale dei geologi*.

³⁴ Zie r.o. 56 van *Consiglio nazionale dei geologi*.

³⁵ HvJ EG 18 juli 2006, 519/04 P, *Jur.* 2006, p. I-6991 (*Meca-Medina*).

³⁶ HvJ EU 4 september 2014, gevoegde zaken C-184/13-C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-208/13, ECLI:EU:C:2014:2147 (*API*).

³⁷ Zie J.W. van de Gronden, 'De ontwikkeling van de Wouters-doctrine en de rol van doelstellingen van algemeen belang in het EU-mededingingsrecht', *SEW* 2015, afl. 11, p. 527.

Het Gerecht heeft zich ook uitgelaten over de Wouters-benadering, en wel in de zaak *ONP*.³⁸ Hier werd een beroep op deze benadering afgewezen. In deze zaak werden onder meer door een nationale organisatie van apothekers beperkingen opgeworpen tegen de verkrijging van bepaalde laboratoria door nieuwkomers in de sector. De reden voor de afwijzing door het Gerecht was dat de (door ONP als ethisch aangemerkte) bepaling betreffende eigendomsverhoudingen van deze laboratoria niet was opgenomen in nationale wetgeving. De vraag die rijst is of dit ter zake doet, omdat het Hof in *Wouters* juist geaccepteerd lijkt te hebben dat een beroepsgroep zelf ook ethische regels die niet terug te voeren zijn op wet- en regelgeving mag ontwikkelen. Wellicht was de kern van het bezwaar van het Gerecht dat voor een aangelegenheid die al voorwerp was van intensieve overheidsregulering, de noodzakelijkheid voor aanvullende private regels niet was aangetoond. Al met al is onduidelijk hoever de Wouters-benadering reikt. De arresten *Wouters*, *Meca-Medina*, *Consiglio nazionale dei geologi* en *OTOC* gaan over de realisering van ethische doelstellingen die inherent zijn aan een bepaalde professie: voorkoming van belangenverstrengeling, de waardigheid van de beroepsuitoefening, bestrijding van dopinggebruik in de sport en permanente educatie. Waar het uiteindelijk op aankomt, is dat het Hof beroepsregels die noodzakelijk zijn voor het functioneren van een bepaalde professie (de goede organisatie van een bepaald beroep, beroepskwalificaties, deontologie, toezichtsmechanismen en aansprakelijkheid), niet wil verbieden onder het mededingingsrecht.³⁹ Daarentegen volgt uit de zaak *ONP* dat in een sector waarin bepaalde ethische aangelegenheden al voorwerp zijn van vergaande overheidsregulering, weinig ruimte lijkt te bestaan voor aanvullende normering door afspraken gemaakt door de beroepsgroep zelf. Verder is het uiteraard evident dat de problematiek van de niet-economische belangen een groot scala aan aangelegenheden betreft die vaak geen verband houden met het goede functioneren van een professie die aan de orde was in de genoemde arresten. Wat dit betreft is *Api* een eerste voorzichtige stap buiten het domein van het functioneren van een bepaalde professie.

3.3. De algemene benadering in het EU-mededingingsrecht

In zekere zin staat de Wouters-rechtspraak op zichzelf. In veel andere zaken heeft het Hof zich terughoudend opgesteld ten aanzien van verweren dat bepaalde gedragingen die op gespannen voet lijken te staan met artikel 101 of 102 VWEU, geoorloofd zouden zijn vanwege rede-

nen ontleend aan niet-economische belangen. Illustratief in dit verband is de zaak *Sot. Lélos*.⁴⁰ Aan de orde in deze zaak was het beleid van GlaxoSmithKline dat leidde tot beperkingen van de parallelle handel, waardoor de nationale markt in Griekenland werd afgeschermd van andere nationale markten. Mede gezien de doelstelling van marktintegratie worden in het algemeen beperkingen van de parallelle handel als een ernstige overtreding van het mededingingsrecht gezien. Aangezien GlaxoSmithKline dominant was en unilateraal het beleid in kwestie had vastgesteld, was de vraag of artikel 102 VWEU was geschonden. Deze onderneming betoogde dat dit niet het geval was, omdat de exportbelemmeringen noodzakelijk waren om te voorkomen dat een tekort aan geneesmiddelen in Griekenland zou ontstaan. Het betoog van GlaxoSmithKline kwam erop neer dat het zorgbelang gemoeid was met de door haar veroorzaakte beperkingen. Het Hof verwierp echter dit verweer door duidelijk te overwegen dat het niet aan een dominante onderneming is, maar aan de nationale autoriteiten van een lidstaat om de toegankelijkheid tot de geneesmiddelenvoorziening te garanderen.⁴¹ Een dominante onderneming wordt geacht alleen haar eigen commerciële belangen te beschermen. In de onderhavige zaak, waarin de problematiek van tekorten aan geneesmiddelen centraal stond, betekende dit dat GlaxoSmithKline alleen bestellingen kon weigeren van haar afnemers, indien deze van ongewoon grote omvang waren, mede in het licht van de bestellingen die de afnemers in kwestie normaal pleegden te doen.⁴²

Deze terughoudende opvatting over de rol van niet-economische belangen is ook terug te vinden in het beleid van de Commissie. In de Guidance Article 82 EC (reeds aangehaald) heeft de Commissie erkend dat dominante ondernemingen onder omstandigheden een beroep kunnen doen op de rechtvaardigingsgrond van de objectieve noodzaak.⁴³ Indien dit beroep opgaat, kan een gedraging die op het eerst gezicht misbruikelijk lijkt, toch geoorloofd zijn. Het opvallende is dat de Guidance gezondheid en veiligheid als voorbeeld van een 'objectieve noodzakelijkheidsgrond' noemt.⁴⁴ De Commissie merkt echter uitdrukkelijk op dat het in beginsel aan de nationale autoriteiten van een lidstaat is om normen ter behartiging van het algemeen belang vast te stellen of om ervoor te zorgen dat deze worden nageleefd.⁴⁵ Hiermee geeft de Commissie aan dat de kans dat met succes betoogd wordt dat een bepaalde concurrentiebeperkende gedraging van een dominante onderneming vanwege een niet-economisch belang geoorloofd wordt geacht, klein is.

³⁸ Gerecht EU 10 december 2014, T-90/11, ECLI:EU:T:2014:1049 (*ONP*).

³⁹ Zie I. Wendt, *The Tension Between Rules Regulating the (Liberal) Professions and EC Competition Law-Reason and Passion in Discussing Professional Regulation*, Maastricht: Datawyse, Universitaire Pers 2009, p. 249-250.

⁴⁰ HvJ EG 16 september 2008, gevoegde zaken C-468/06-C-478/06, *Jur.* 2008, p. I-7139 (*Sot. Lélos*).

⁴¹ Zie r.o. 75 van het arrest *Sot. Lélos*.

⁴² Zie r.o. 76 van het arrest *Sot. Lélos*.

⁴³ Overigens sluit een dergelijke opvatting goed aan bij de rechtspraak van het Hof. Zie bijvoorbeeld r.o. 41 van HvJ EU 27 maart 2012, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172 (*Post Danmark I*).

⁴⁴ Zie randnummer 29 van de Guidance Article 82.

⁴⁵ Zie randnummer 29 van de Guidance Article 82.

Ook bij de interpretatie van het kartelverbod heeft de Commissie zich terughoudend opgesteld ten aanzien van de rol van niet-economische belangen. Zoals bekend, kunnen concurrentiebeperkende afspraken onder bepaalde omstandigheden geoorloofd zijn op grond van artikel 101 lid 3 VWEU, indien deze een bijdrage leveren aan de productie, distributie of innovatie van een product of dienst. Er moet dan aan de vier voorwaarden van artikel 101 lid 3 VWEU zijn voldaan.⁴⁶ In haar Richtsnoeren vastgesteld ter interpretatie van deze Verdragsbepaling stelt de Commissie dat, indien een afspraak een doelstelling die andere Verdragsbepalingen (dan die op het terrein van de mededinging) nastreven beoogt te realiseren, niet te snel kan worden aangenomen dat een beroep op artikel 101 lid 3 VWEU gedaan kan worden. Dit is alleen mogelijk, indien aan alle vier de voorwaarden van dit Verdragsartikel is voldaan.⁴⁷ Hieruit moet worden afgeleid dat in het kader van artikel 101 lid 3 VWEU niet-economische belangen niet zelfstandig een reden kunnen vormen om een mededingingsbeperkende afspraak geoorloofd te achten. De Commissie lijkt de laatste jaren zelfs minder bereid te zijn om niet-economische belangen te erkennen dan in het verleden. In de zaak *CECED*⁴⁸ uit 2000 had de Commissie nog geaccepteerd dat de bescherming van het milieubelang (in casu energiebesparing) de dragende grond voor de rechtvaardiging van een mededingingsbeperkende overeenkomst onder artikel 101 lid 3 VWEU kon zijn.⁴⁹ In haar in 2001 gepubliceerde Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 (thans artikel 101) van het Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten⁵⁰ had de Commissie vervolgens erkend dat overeenkomsten gesloten ter behartiging van een milieubelang voordelen met zich kunnen brengen die opwegen tegen de negatieve gevolgen voor de mededinging.⁵¹ In de in 2011 gepubliceerde Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten⁵² ontbreekt echter een uitvoerige beschouwing over milieu als belang waarmee rekening kan worden gehouden bij de mededingingsrechtelijke beoordeling. Slechts op een aantal plaatsen wordt summier verwezen naar de rol die het milieubelang kan spelen bij de mededingingsrechtelijke analyse.⁵³

Uit bovenstaande blijkt dat bij artikel 101 lid 3 VWEU de centrale maatstaf die aangelegd wordt bij de beoordeling, is of consumentenwelvaart bevorderd wordt door de afspraak in kwestie.⁵⁴ Deze Verdragsbepaling neemt immers de verbetering van de productie, distributie en innovatie als uitgangspunt en gaat er ook van uit dat een billijk aandeel dient toe te komen aan de consument. Deze nadruk op consumentenwelvaart is naar mijn mening ook terug te vinden in wat de Guidance Article 82 EC heeft opgemerkt over *efficiencies*. De Commissie heeft hier gesteld dat concurrentiebeperkende gedragingen van dominante ondernemingen geoorloofd kunnen zijn, indien deze gedragingen leiden tot efficiëntiewinsten, waarbij voldoende garantie is dat de gebruikers (...) geen nettoschade dreigen te lijden (...).⁵⁵ Vervolgens worden vier voorwaarden geformuleerd die veel gelijkenissen met artikel 101 lid 3 VWEU vertonen. Een van de voorwaarden is dat efficiëntiewinst die behaald wordt, dient op te wegen tegen de negatieve gevolgen voor de mededinging en de welvaart van de gebruikers.⁵⁶ De in de Guidance Article 82 EC ontwikkelde benadering is bevestigd door het Hof in de zaak *Post Danmark I*.⁵⁷ In dit arrest werd beslist dat marktafsluiting veroorzaakt door een dominante onderneming gerechtvaardigd kan zijn, indien de hierdoor veroorzaakte nadelen kunnen worden gecompenseerd of geneutraliseerd door efficiëntievoordelen.⁵⁸ Ook bij zaken gebaseerd op artikel 102 VWEU wordt blijkbaar een 'trade-off' gemaakt tussen de nadelen van concurrentiebeperkingen en de voordelen voor de consumentenwelvaart.

3.4. Evaluatie

De ruime formulering van de doelstellingen van het Europees mededingingsrecht heeft er niet toe geleid dat niet-economische belangen een duidelijke plaats hebben gekregen in de toetsing aan de mededingingsrechtelijke verboden. De reden hiervoor is de wijze waarop het Hof de doelstelling in recente rechtspraak verder heeft ingevuld. Het lijkt erop dat het Hof uiteindelijk de nadruk is gaan leggen op de bescherming van het mededingingsproces. De regels dienen zo te worden uitgelegd dat er voldoende mate van concurrentie (rivaliteit) tussen de ondernemingen blijft. Met name in het arrest *Expedia*⁵⁹

46 Op grond van deze Verdragsbepaling moet de overeenkomst in kwestie een bijdrage leveren aan de productie, distributie of innovatie, een billijk aandeel aan de consument ten goede laten komen, onmisbaar zijn, en de concurrentie niet volledig uitschakelen.

47 Zie randnummer 42 van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 Verdrag (thans artikel 101 lid 3 VWEU), *PbEU* 2004, C 101/97.

48 Beschikking 2000/475 van de Commissie in zaak IV.F.1/36.718, *CECED*, *PbEG* 2000, L 187/47.

49 Zie J.W. van de Gronden, 'Milieu en Mededinging: is Milieubescherming alleen een publieke taak of ook onderdeel van de producentenverantwoordelijkheid?', in: J.W. van de Gronden & K.J.M. Mortelmans (red.), *Mededinging en niet-economische belangen*, Deventer: Kluwer 2001, p. 160-163.

50 *PbEG* 2001, C 3/2.

51 Zie randnummer 193 van de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten.

52 *PbEU* 2011, C 11/1.

53 Zie bijvoorbeeld randnummer 149, 257, 308, 329 en 331.

54 Zie E.H. Pijnacker Hordijk, 'Beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven onder het kartelverbod. Contouren van een algemeen beoordelingskader en toepassing daarvan op het Energieakkoord', *M&M* 2013, afl. 6, p. 190-194.

55 Zie randnummer 30 van de Guidance Article 82 EC.

56 Zie vorige noot.

57 HvJ EU 27 maart 2012, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172 (*Post Danmark I*).

58 Zie r.o. 41 van het arrest *Post Danmark I*.

59 HvJ EU 13 december 2012, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 (*Expedia*).

was het Hof zeer duidelijk. In dit arrest besliste het Hof dat, indien een afspraak ertoe strekt de mededinging te beperken, de merkbaarheid van deze beperking gegeven is.⁶⁰ De reden hiervoor is, zo betoogde het Hof, dat ‘(...) bepaalde vormen van collusie tussen ondernemingen naar hun aard (...)’ schadelijk geacht kunnen worden voor de goede werking van de normale mededinging.⁶¹ In deze redenering ligt sterk de nadruk op het belang van de bescherming van het mededingingsproces. Deze lijn van redeneren is ook terug te vinden in het arrest *Allianz Hungaria*.⁶² In deze zaak ging het Hof in op de vraag hoe vastgesteld kan worden of een bepaalde afspraak een mededingingsbeperkende strekking heeft. Het Hof betoogde dat daarvoor onder meer onderzoek gedaan moet worden naar ‘(...) de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten (...)’.⁶³ Naar mijn mening ligt aan deze overweging ook het belang van de bescherming van het mededingingsproces ten grondslag. Een markt kan immers zodanig verzwakt zijn dat er weinig concurrentie tussen ondernemingen bestaat, zodat een afspraak eerder naar zijn aard de nog bestaande concurrentie aan banden legt, dan een vergelijkbare afspraak op een markt met veel ruimte voor concurrentie.

Het Hof zal bij de toetsing aan artikel 101 en 102 VWEU vooral nagaan of het concurrentieproces is aangetast. De aanname is dat met de bescherming van dit proces ook de consumentenwelvaart en de marktintegratie gediend zijn. Het Hof zal geneigd zijn een afspraak, waardoor de consumentenwelvaart niet geschaad wordt, toch beperkend achten, indien de mededingingsstructuur wordt aangetast. In de literatuur is betoogd dat het primaire uitgangspunt van het mededingingsrecht niet is het bevorderen van de consumentenwelvaart, maar de bescherming van de structuur van de markt en de mededinging als zodanig.⁶⁴ Wel zal het Hof bij de toepassing van de uitzonderingen zoals vervat in artikel 101 lid 3 VWEU en in het ‘efficiencyverweer’ (behorend bij artikel 102 VWEU) mededingingsbeperkende gedragingen geoorloofd achten, indien deze gedragingen ten goede komen aan de consumentenwelvaart.

Het toetsingsschema is derhalve dat het aan ondernemingen in beginsel verboden is om de mededingingsstructuur aan te tasten; op deze wijze worden artikel 101 lid 1 en 102 VWEU uitgelegd. Een dergelijke aantasting kan echter gerechtvaardigd zijn, indien deze beperking uiteindelijk de consumentenwelvaart ten goede komt. Dit wordt beoordeeld in het kader van artikel 101 lid 3 VWEU en het *efficiency*-verweer bij dominantie. In dit toetsingsschema zijn niet-economische belangen moeilijk in te passen. De Wouters-benadering neemt een uitzonderlijke positie in en geeft ruimte voor het betrekken van niet-economi-

sche belangen in de mededingingsrechtelijke afweging, waarbij zelfs het mededingingsbelang lijkt te moeten wijken voor de niet-economische belangen die onder deze benadering vallen. Zoals hierboven aangegeven, is het echter onduidelijk hoever de Wouters-benadering reikt.⁶⁵ Verder heeft het Hof erkend dat collectieve arbeids-overeenkomsten immuun voor het kartelverbod zijn. Het belang van deze rechtspraak is echter beperkt tot het domein van de arbeidsmarkt.

4. Overheid en mededinging: terugtrekkende regels?

Vooralsnog zijn het Hof, het Gerecht en de Commissie erg terughoudend met het betrekken van niet-economische belangen in hun mededingingsrechtelijke analyses die gebaseerd zijn op artikel 101 en 102 VWEU. De ontwikkelde benadering op dit punt is enigszins diffuus. Verondersteld mag worden dat dit anders ligt bij de EU-regels voor overheid en mededinging. De overheid wordt immers geacht het algemeen belang na te streven, zodat bij de vormgeving voor de mededingingsregels die specifiek van toepassing zijn op het handelen van de lidstaten, het onontkoombaar lijkt om rekening te houden met niet-economische belangen.

Twee regimes zijn in dit verband van belang. De eerste set aan regels is vastgelegd in artikel 106 VWEU en heeft vooral betrekking op ondernemingen die speciale rechten of taken hebben gekregen van de overheid. De tweede set aan regels is ontwikkeld door het Hof op grond van de toenmalige artikelen 81, 82 en 10 EG-Verdrag. De laatste bepaling bevatte het beginsel van Gemeenschaps-trouw en is door het Verdrag van Lissabon vervangen door artikel 4 lid 3 EU-Verdrag, waarin het beginsel van Unietrouw is vastgelegd. Dit regime staat bekend als de nuttiggeffectnorm, omdat het lidstaten verbiedt om het nuttig effect te ontnemen aan de mededingingsbepalingen uit het Verdrag. Tegenwoordig wordt deze norm gebaseerd op artikel 4 lid 3 EU-Verdrag, uiteraard in combinatie met de Verdragsbepalingen voor mededinging.⁶⁶ Hierboven is deze norm al aan de orde geweest in het kader van de Wouters-benadering.

Artikel 106 lid 1 VWEU verbiedt een lidstaat om aan een onderneming zodanig exclusieve of speciale rechten toe te kennen dat daardoor andere Verdragsbepalingen, met name die op het terrein van de mededinging, worden geschonden. Over de interpretatie van deze Verdragsbepaling is in de literatuur in het verleden veel discussie gevoerd, waarbij een vergaande en een terughoudende

60 Zie r.o. 37 van het arrest *Expedia*.

61 Zie r.o. 36 van het arrest *Expedia*. Zie in dit verband ook r.o. 50 van HvJ EU 11 september 2014, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204 (*Cartes Bancaires*) en r.o. 26 van HvJ EU 20 januari 2016, C-373/14 P, ECLI:EU:C:2016:26 (*Toshiba*).

62 HvJ EU 14 maart 2013, C-32/11, n.n.g. (*Allianz Hungaria*).

63 Zie r.o. 36 van het arrest *Allianz Hungaria*.

64 Zie M.Ph.M. Wiggers, *De NMa en de NZa in de curatieve zorgsector. Een toetsing aan het Europees mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 374.

65 Zie hierover J.W. van de Gronden, ‘De ontwikkeling van de Wouters-doctrine en de rol van doelstellingen van algemeen belang in het EU-mededingingsrecht’, *SEW* 2015, afl. 11, p. 526-527.

66 Zie bijvoorbeeld r.o. 28-39 van HvJ EU 3 maart 2011, C-437/09, *Jur.* 2011, p. I-973 (*AG2R*).

uitleg werden verdedigd.⁶⁷ Onder meer werd er de 'limited sovereignty approach' onderscheiden, op grond waarvan artikel 106 lid 1 VWEU alleen geschonden is indien de onderneming met een exclusief of speciaal recht ertoe aangezet wordt in strijd te handelen met een bepaling als artikel 102 VWEU.⁶⁸ Bij de 'limited competition approach' daarentegen wordt de toekenning van een exclusief recht of speciaal recht alleen geoorloofd geacht, indien een beroep gedaan kan worden op een exceptie.⁶⁹ Naar mijn mening heeft het Hof uiteindelijk gekozen voor een lijn die dicht in de buurt ligt van de 'limited sovereignty approach', zoals blijkt uit de arresten *Sydhavnens*,⁷⁰ *Ambulanz Glöckner*⁷¹ en *AG2R*.⁷² In deze arresten heeft het Hof benadrukt dat het enkel creëren van een uitsluitend of bijzonder recht geen strijd met het EU-recht oplevert. Pas indien de onderneming in kwestie door het enkel uitoefenen van haar rechten artikel 102 VWEU schendt of indien er een situatie is ontstaan waardoor deze onderneming tot misbruikelijke gedragingen wordt gebracht, is het EU-mededingingsrecht geschonden.⁷³

De consequentie hiervan is dat in relatief veel zaken niet kan worden aangetoond dat artikel 106 lid 1 VWEU (in combinatie met artikel 102 VWEU) geschonden is. In de literatuur is daarom de toegevoegde waarde van deze Verdragsbepaling in twijfel getrokken.⁷⁴ Hoeveel nationale maatregelen zijn daadwerkelijk in strijd met deze Verdragsbepaling, zonder in strijd te zijn met andere bepalingen van het EU-recht? Als strijd met artikel 106 lid 1 VWEU wordt vastgesteld, is het dan niet waarschijnlijk dat er ook strijd is met bijvoorbeeld een Verdragsbepaling voor het vrije verkeer?

Ook de nuttignorm is restrictief uitgelegd door het Hof. Lidstaten ontnemen alleen het nuttig effect van deze norm (die meestal betrekking heeft op artikel 4 lid 3 VEU juncto artikel 101 VWEU), indien zij met het kartelverbod strijdige regelingen opleggen of begunstigen of de werking ervan versterken, dan wel wanneer zij de verantwoordelijkheid om op economisch terrein te interveniëren delegeren aan particuliere marktdeelnemers.⁷⁵ Het is dus van groot belang dat er een verband bestaat tussen het gedrag van ondernemingen en een overheidsmaatregel. Veel overheidsmaatregelen die effecten op de concurren-

tie hebben, ontberen echter een dergelijk verband. Zij zijn daarmee niet in strijd met artikel 4 lid 3 VEU juncto artikel 101 VWEU.

Bij de huidige stand van het Europese mededingingsrecht lijkt de betekenis van artikel 106 lid 1 VWEU en de nuttignorm beperkt. Deze gevolgtrekking wordt ondersteund door de volgende observatie. In veel zaken die geschillen over de Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer betroffen, heeft het Hof geoordeeld dat het toekennen van een exclusief recht een beperking oplevert van bijvoorbeeld het vrije verkeer van diensten of de vrijheid van vestiging.⁷⁶ Het enkele feit dat slechts een onderneming een bepaalde dienst mag aanbieden met uitsluiting van andere ondernemingen, inclusief de bedrijven die actief zijn in andere lidstaten, levert reeds een beperking van het vrije verkeer op.⁷⁷ Een dergelijke beperking kan evenwel gerechtvaardigd zijn op grond van bepaalde vrijverkeerexcepties, die vooral betrekking hebben op de realisering van doelstellingen van algemeen belang.⁷⁸ In veel zaken die de toekenning van exclusieve rechten tot inzet hebben, is het voor een eisende partij veel interessanter om een beroep te doen op de Verdragsbepalingen voor het vrije verkeer dan op artikel 106 lid 1 VWEU. Relatief eenvoudig zal een beperking van het vrije verkeer worden aangetoond en zal derhalve de discussie zich toespitsen op de eventuele toepasselijkheid van de excepties. Een extra argument om een beroep te doen op de EU-regels voor het vrije verkeer is dat het Hof zelfs het transparantiebeginsel heeft toegepast op exclusieve rechten.⁷⁹ Op grond hiervan moet bij de toekenning van dergelijke rechten, voor zover ondernemingen in andere lidstaten interesse zouden kunnen hebben in het aanbieden van de diensten in kwestie, passende openbaarheid worden betracht, zodat er sprake is van concurrentie.⁸⁰ Deze verplichting is zelfs aan de orde geweest in het kader van het verlenen van een exclusief recht aan vrijwilligersorganisaties om medisch vervoer te verrichten in de zaak *CASTA*.⁸¹ Het op passende wijze openbaar maken van het voornemen om dit exclusief te verlenen mocht van het Hof in deze zaak alleen achterwege blijven, indien het verlenen van dit recht aan vrijwilligersorganisaties daadwerkelijk zou bijdragen aan doelstellingen van solidariteit en kostenefficiëntie.

67 Zie bijv. H.E. Akyürek-Kievits, *Tussen Protectie en Concurrentie*, Deventer: Kluwer 1998, p. 22-33 en L. Hancher, 'Artikel 90 EG-verdrag en het mededingingsrecht', in: Asser Instituut *Colloquium Europees recht – Art. 90 EG en de privatisering van Nederlandse publieke ondernemingen*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 1998, p. 4-8.

68 Zie Hancher 1998, p. 5.

69 Zie Hancher 1998, p. 5 en 7.

70 HvJ EG 23 mei 2000, C-209/98, *Jur.* 2000, p. I-3743 (*Sydhavnens*).

71 HvJ EG 25 oktober 2001, C-475/99, *Jur.* 2001, p. I-8089 (*Ambulanz Glöckner*).

72 HvJ EU 3 maart 2011, C-437/09, *Jur.* 2011, p. I-973 (*AG2R*).

73 Zie r.o. 66 van *Sydhavnens*; r.o. 39 van *Ambulanz Glöckner* en r.o. 68 van *AG2R*.

74 Zie G. Davies, 'What does Article 86 actually do?', in: M. Krajewski, U. Neergaard & J.W. van de Gronden, *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe*, Cambridge: Cambridge University Press/Den Haag: T.M.C. Asser Press 2009, p. 52 e.v.

75 Zie bijv. r.o. 54 van HvJ EG 18 juni 1998, C-35/96, *Jur.* 1998, p. I-3851 (*Commissie/Italië*).

76 Zie bijv. HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, *Jur.* 2010, p. I-4695 (*Betfair*).

77 Zie r.o. 22-24 van *Betfair*.

78 Het gaat hier om de zogenoemde dwingende vereisten van algemeen belang (Rule of Reason) en Verdragsbepalingen als artikel 52 VWEU, dat de openbare orde, openbare veiligheid en de volksgezondheid als redenen om het vrije verkeer (op proportionele wijze) te beperken, erkent.

79 Zie meer hierover J.W. van de Gronden, 'Free Movement of Services and the Right of Establishment: Does EU Internal Market Law Transform the Provision of SSGI?', in: U. Neergaard, E. Szyssczak, J.W. van de Gronden & M. Krajewski, *Social Services of General Interest in the EU*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2013, p. 150 e.v.

80 Zie bijv. r.o. 38-62 van *Betfair*.

81 HvJ EU 28 januari 2016, C-50/14, ECLI:EU:C:2016:56 (*CASTA*).

Betekent dit nu dat alle EU-regels voor overheid en mededinging slechts een beperkt belang hebben? Opmerkelijk is dat juist de exceptie, die vastgelegd is in artikel 106 lid 2 VWEU, de laatste 10 jaar een stormachtige ontwikkeling heeft doorgemaakt. Dit Verdragsartikel heeft betrekking op diensten van algemeen economisch belang. De overheid kan aan een onderneming de taak geven om dergelijke diensten aan te bieden. De noodzaak om dergelijke diensten aan te bieden kan een rechtvaardiging vormen voor een beperking van de mededinging.

Het is van belang om vast te stellen dat deze bepaling zich 'losgeweekt' heeft van artikel 106 lid 1 VWEU: het is vaste rechtspraak geworden dat zowel overheden als ondernemingen belast met een taak om diensten van algemeen economisch belang aan te bieden een beroep kunnen doen op artikel 106 lid 2 VWEU.⁸² Hiermee is artikel 106 lid 2 VWEU niet alleen een exceptie voor schendingen van artikel 106 lid 1 VWEU geworden, maar ook voor schendingen van artikel 101 en 102 VWEU, en zelfs, zoals hieronder zal blijken, van artikel 107 lid 1 VWEU (staatssteunverbod). Artikel 106 lid 2 VWEU is van toepassing, indien in de eerste plaats de overheid een taak van algemeen economisch belang heeft toevertrouwd aan een onderneming en in de tweede plaats, indien de aan de orde zijnde beperkingen noodzakelijk zijn met het oog op de uitvoering van de toevertrouwde taak. In het arrest *Corbeau*⁸³ heeft het Hof beslist dat de proportionaliteitstoets die uitgevoerd moet worden, niet als uitgangspunt heeft dat nagegaan moet worden dat er een minder beperkend middel voorhanden is. Waar het op aankomt is of zonder concurrentiebeperking de taak niet onder economisch aanvaardbare omstandigheden kan worden aangeboden.⁸⁴ In het algemeen wordt dit beschouwd als een toets die niet zo strikt is als de test van de minst beperkende middelen.⁸⁵

In de rechtspraak heeft het eerste vereiste (het toevertrouwen van de taak) een evolutie ondergaan. Aanvankelijk leek dit criterium zo uitgelegd te worden dat de taak bij een expliciete overheidshandeling (in wetgeving of vormgegeven in een besluit) diende te worden toevertrouwd aan een onderneming.⁸⁶ In latere jurisprudentie is hier echter van afgestapt en lijkt het Hof bereid te zijn om een dergelijke taakstelling ook af te leiden uit bijvoorbeeld algemene verplichtingen die op bepaalde bedrijven zijn gelegd.⁸⁷

In het Verdrag van Lissabon is veel aandacht besteed aan het concept van diensten van algemeen economisch belang.⁸⁸ Sinds de inwerkingtreding van dit Verdrag kan de EU een verordening voor diensten van algemeen economisch belang vaststellen;⁸⁹ van deze bevoegdheid is nog geen gebruik gemaakt. Ook is aan het Verdrag van Lissabon een protocol toegevoegd dat algemene beginselen bevat voor diensten van algemeen belang.⁹⁰ Verder heeft het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie de status van primair EU-recht gekregen door artikel 6 lid 1 VEU. Artikel 36 van dit Handvest erkent dat toegang tot diensten van algemeen economisch belang gezien moet worden als een recht voor eenieder.

Voor de ontwikkeling van de EU-mededingingsregels voor diensten van algemeen economisch belang is echter gebleken dat het Verdrag van Lissabon niet het zwaarste gewicht in de schaal heeft gelegd. Het zijn vooral de staatssteunregels uit het Verdrag geweest die een belangrijke impuls hebben gegeven aan deze ontwikkeling. In de volgende paragraaf wordt daarom verder op deze ontwikkelingen ingegaan.

5. Staatssteun: de opkomst van Altmark

Indien lidstaten steun verlenen aan ondernemingen zonder dit aan te melden, dan kan de Commissie of de nationale rechter gelasten dat deze steun moet worden teruggevorderd.⁹¹ De financiering van de verlening van diensten van algemeen economisch belang kan onder druk komen te staan, indien deze financiering niet is aangemeld.

Met het wijzen van het arrest *Altmark*⁹² kwam het Hof tegemoet aan de problemen die zo zouden kunnen ontstaan. Er is geen sprake van staatssteun, indien de financiering erop gericht is om de kosten die gepaard gaan met de uitvoering van een taak van algemeen economisch belang, te compenseren. Wel moet dan zijn voldaan aan vier vereisten: (1) de onderneming in kwestie is belast met een openbaardienstverplichting (uit het arrest *BUPA*⁹³ blijkt dat een dergelijke verplichting identiek is aan een dienst van algemeen economisch belang), (2) de parameters voor de berekening van de compensatie is op

82 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 25 juni 1998, C-203/96, *Jur.* 1998, p. I-4075 (*Chemische Afvalstoffen Dusseldorp*) en HvJ EU 3 maart 2011, C-437/09, *Jur.* 2011, p. I-973 (*AG2R*).

83 HvJ EG 19 mei 1993, C-320/91, *Jur.* 1993, p. I-2533 (*Corbeau*).

84 Zie r.o. 16 van *Corbeau*.

85 Zie bijvoorbeeld L. Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (Former Article 90) of the EC Treaty*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 319-320 alsmede H. Schweitzer, 'Services of General Economic Interest: European Law's Impact on the Role of Markets and of Member States', in: M. Cremona (red.), *Market Integration and Public Services in the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 38-41.

86 Zie bijv. HvJ EG 23 oktober 1997, C-159/94, *Jur.* 1997, p. I-5815 (*EDF*).

87 Zie bijv. het arrest *AG2R* (reeds aangehaald).

88 Zie hierover J.W. van de Gronden & C.S. Rusu, 'Services of General (Economic) Interest post-Lisbon', in: M. Trybus & L. Rubini, *The Treaty of Lisbon and the Future of European Law and Policy*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited 2012, p. 413 e.v.

89 Zie artikel 14 VWEU.

90 Uit de bewoording van dit protocol blijkt dat het begrip 'diensten van algemeen belang' overkoepelend van aard is: hieronder vallen zowel diensten van economisch belang (die economische activiteiten behelzen) en niet-economische diensten van algemeen belang.

91 Zie artikel 108 lid 3 VWEU.

92 HvJ EG 24 juli 2003, C-280/00, *Jur.* 2003, p. I-7747 (*Altmark*).

93 GvEA EG 12 februari 2008, T-289/03, *Jur.* 2008, p. II-81 (*BUPA*).

objectieve en doorzichtige wijze vastgesteld, (3) de compensatie mag niet hoger zijn dan noodzakelijk is en (4) ingeval er geen aanbestedingsprocedure heeft plaatsgevonden, moet de compensatie worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming (goed geleide onderneming) zou hebben gehad.⁹⁴

Het arrest *Altmark* gaf aan de lidstaten enige ruimte met betrekking tot de financiering van diensten van algemeen economisch belang. In de rechtspraak is met name discussie geweest over de eerste voorwaarde (toevertrouwen van een taak) en de vierde voorwaarde (de 'benchmark' van een goed geleide onderneming). Aanvankelijk werden deze twee voorwaarden met de nodige flexibiliteit geïnterpreteerd. In bijvoorbeeld de zaak *BUPA* (reeds aangehaald) en *TV2/Danmark I*⁹⁵ leidde het Gerecht, bij de ontstentenis van een expliciete toekenning van een taak, een dienst van algemeen economisch belang af uit algemene verplichtingen vastgelegd in wetgeving. Dit is een techniek die ook gebruikt is in het kader van artikel 106 lid 2 VWEU. Verder zwakte het Gerecht het vierde *Altmark*-criterium af in het arrest *BUPA* door te overwegen dat zolang inefficiëntie niet beloond werd, aan dit criterium was voldaan.⁹⁶ Overigens heeft het Gerecht later verduidelijkt dat soms de bijzondere eigenschappen van een sector aanleiding kunnen geven tot minder strikte toepassing van de *Altmark*-criteria, maar dat dit beperkt is tot uitzonderlijke gevallen.⁹⁷

Een belangrijk keerpunt in de toepassing van de *Altmark*-benadering is echter de aanname van een pakket aan maatregelen door de Commissie in 2011. Dit pakket bestaat uit het DAEB-besluit⁹⁸ (het 2011-Besluit), de kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst⁹⁹ (EU-kaderregeling), de Commissiemededeling ter verduidelijking van de belangrijkste concepten met betrekking tot staatssteun en DAEB¹⁰⁰ en de *de-minimis*-verordening op het gebied van DAEB.¹⁰¹

Deze maatregelen zijn aangenomen om te verduidelijken hoe de staatssteunregels moeten worden toegepast op diensten van algemeen economisch belang.

Het valt buiten het bestek van deze bijdrage om uitgebreid deze maatregelen te bespreken. Twee ontwikkelingen vallen echter op. De Commissie heeft de eisen betreffende de toevertrouwen van een dienst van algemeen economisch belang aangescherpt en eisen gesteld aan

de criteria voor de berekening van de hoogte van de te verlenen compensatie. Hieronder wordt aangegeven waaruit deze eisen bestaan.

In haar vernieuwde beleid verlangt de Commissie dat de lidstaten bij de financiering van de diensten van algemeen economisch belang op specifieke wijze de taak aan de ondernemingen in kwestie toevertrouwen. Het betreft hier vooral steunmaatregelen die niet voldoen aan alle vier de voorwaarden van het arrest *Altmark*. In het 2011-Besluit heeft de Commissie voor bepaalde typen diensten van algemeen economisch belang een vrijstelling gecreëerd. Met name zorgdiensten en sociale diensten profiteren van deze vrijstelling. Deze vrijstelling is evenwel alleen van toepassing, indien er sprake is van een expliciete handeling die de verplichting om diensten van algemeen economisch belang aan te bieden, oplegt aan de onderneming in kwestie. Deze handeling moet aan bepaalde verplichtingen voldoen, zoals het uiteenzetten hoe de parameters voor de compensatie worden berekend en hoe overcompensatie wordt vermeden.¹⁰² Vergelijkbare verplichtingen worden aangetroffen in de EU-kaderregeling, die aangeeft onder welke omstandigheden de Commissie bereid is om steun, verleend met het oog op de financiering van diensten van algemeen economisch belang, goed te keuren op grond van artikel 106 lid 2 VWEU.¹⁰³

De Commissie heeft verder de voorschriften voor de berekening van de hoogte van voorschriften aangescherpt. Steunverleningen die niet profiteren van het arrest *Altmark* kunnen alsnog vrijgesteld of goedgekeurd worden op basis van het beleid van de Commissie. Deze maatregelen komen echter alleen hiervoor in aanmerking, indien bepaalde principes voor de berekening van de steunbedragen in acht zijn genomen. Uiteraard is het uitgangspunt dat het compensatiebedrag niet hoger mag zijn dan nodig is om de nettokosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen te dekken en om een redelijke winst toe te kennen.¹⁰⁴ Dit betekent dat lidstaten de onderneming moeten verplichten om te veel ontvangen compensatie terug te betalen. Verder wordt bepaald dat de nettokosten als grondslag worden genomen voor de berekening van de hoogte van de kosten. De EU-kaderregeling werkt een en ander verder uit door aan te geven dat de methode die voorkeur verdient bij de berekening van de kosten, die van de *Net Avoided Cost*

94 Zie r.o. 95 van *Altmark*.

95 GvEA EG 22 oktober 2008, gevoegde zaken T-309/04, T-317/04, T-329/04 en T-336/04, *Jur.* 2008, p. II-2935 (*TV2/Danmark I*).

96 Zie r.o. 249 van het arrest *BUPA*.

97 Zie r.o. 70 van Gerecht EU 24 september 2015, T-674/11, ECLI:EU:T:2015:684 (*TV2/Danmark II*).

98 Besluit van de Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van artikel 106 lid 2 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen, *PbEU* 2012, L 7/3.

99 Mededeling van de Commissie inzake de EU-kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, *PbEU* 2012, C 8/15.

100 Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie, *PbEU* 2012, C 8/4.

101 Verordening (EU) 360/2012 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de *de-minimis*-steun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen, *PbEU* 2012, L 114/8.

102 Zie artikel 4 van het 2011-Besluit.

103 Zie randnummer 16 van de EU-kaderregeling.

104 Zie artikel 5 van het 2011-Besluit.

is.¹⁰⁵ De kern van deze methode is dat de kosten worden berekend als het verschil tussen de nettokosten voor de dienstverrichter belast met een openbaredienstverplichting en de nettokosten of -winst die een vergelijkbare dienstverrichter zou hebben maar die niet belast is met een dergelijke verplichting.¹⁰⁶ Indien het echter niet mogelijk is om deze techniek toe te passen, dan accepteert de Commissie ook de methode van kostentoekening.¹⁰⁷ In dat geval worden de kosten berekend als het verschil tussen de kosten en de inkomsten voor een dienstverrichter die de openbaredienstverplichtingen in kwestie uitvoert.¹⁰⁸

De eerste signalen zijn dat de aanscherping van het beleid door de Commissie niet zonder gevolgen is gebleven. In de zaak *CBI*¹⁰⁹ confronteerde het Gerecht de Commissie zelf met de door haar aangescherpte eisen. Het besluit van de Commissie om geen onderzoek te beginnen naar aanleiding van steun gegeven door de Belgische autoriteiten aan bepaalde ziekenhuizen werd door het Gerecht vernietigd. Er waren twee problemen die niet voldoende waren onderzocht. In de eerste plaats waren er onduidelijkheden omtrent het toevertrouwen van de taak om bepaalde sociale diensten aan te bieden (te weten het behandelen van patiënten met betalingsproblemen). In de tweede plaats was het kwestieus of de Belgische autoriteiten hadden voorzien in mechanismen om overcompensatie te voorkomen. De Commissie was daarom verplicht om nader onderzoek te verrichten. De Commissie heeft daarom een nieuw besluit genomen, waarmee zij een diepgaand onderzoek naar de financiering van de Brusselse ziekenhuizen is gestart.¹¹⁰ Recentelijk heeft de Commissie bekendgemaakt dat uit dit onderzoek is gebleken dat naar haar mening de verleende steun toegestaan is. Zij is van mening dat er wel degelijk specifieke taken van algemeen belang aan de ziekenhuizen in kwestie zijn verleend, terwijl uitgesloten is dat door deze ziekenhuizen overcompensatie zou zijn ontvangen.¹¹¹ Zo stelt de Commissie dat bepaalde (publieke) ziekenhuizen een speciale 'DAEB van sociale gezondheidszorg' hadden, die onder meer bestonden uit het behandelen van patiënten onder alle omstandigheden (ook in niet-spoedeisende

gevallen) en uit het aandacht besteden aan de sociale behoeften van patiënten.¹¹² Verder zijn de mechanismen om overcompensatie te voorkomen, uitgebreid beschreven.¹¹³

In de zaak *TF1*¹¹⁴ slaagde de Commissie, anders dan in de zaak *CBI*, erin om haar oorspronkelijk genomen besluit overeind te houden bij het Gerecht. In deze zaak had de Commissie wel op overtuigende wijze kunnen vaststellen dat een taak om diensten van algemeen economisch belang te verlenen, was toegekend door de Franse overheid aan de omroep van TF1. Ook had de Commissie kunnen vaststellen dat er transparante mechanismen om overcompensatie te voorkomen in het leven waren geroepen door de Franse autoriteiten. Het besluit van de Commissie werd daarom niet vernietigd door het Gerecht. Ook in de zaak *Viasat Broadcasting*¹¹⁵ ging het Gerecht ervan uit dat de Commissie terecht de financiering van de desbetreffende dienst van algemeen economisch belang had goedgekeurd.¹¹⁶ Het Gerecht gaf aan dat in het kader van artikel 106 lid 2 VWEU de daadwerkelijk gemaakte kosten konden worden gefinancierd, ook indien deze dienst niet onder marktconforme omstandigheden was aangeboden.¹¹⁷

6. Conclusies: naar een transparante overheid

De doelstellingen van EU-mededingingsrecht zijn met enige flexibiliteit geformuleerd. Deze formulering heeft ertoe geleid dat onderzocht wordt of bepaalde gedragingen de mededingingsstructuur verstoren. Eventueel kunnen dergelijke gedragingen geoorloofd zijn, indien er zich positieve effecten voor de consumentenwelvaart voordoen. In dit toetsingsschema is het moeilijk om niet-economische belangen in te passen. Toch zijn er twee

105 Zie J.W. van de Gronden & C.S. Rusu, 'De update van het Monti-Kroes-pakket: de prijs van staatssteun, Diensten van Algemeen Economisch Belang en duidelijkheid', *SEW* 2012, afl. 7/8, p. 290-291.

106 Zie randnummer 24-26 van de EU-kaderregeling.

107 Zie randnummer 27 e.v. van de EU-kaderregeling. Zie ook artikel 5 lid 5 van dit besluit.

108 Zie meer uitgebreid over de problematiek van de kostenberekening: J. Kavanagh, 'Financing Services of General Economic Interest: The European Commission's Economic Test', in: E. Szyszczak & J.W. van de Gronden, *Financing Services of General Economic Interest. Reform and Modernization*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2013, p. 149 e.v.

109 Gerecht EU 7 november 2012, T-137/10, n.n.g. (*CBI*).

110 Zie het besluit van de Commissie van 1 oktober 2014 in zaak SA.19864 (2014/C-Belgium Public financing of Brussels public IRIS hospitals).

111 Zie het persbericht van de Commissie 5 juli 2016, Commissie keurt overheidscompensatie voor Brusselse IRIS-ziekenhuizen goed, IP/16/2414.

112 Zie randnummer 166-215 van het Besluit van de Commissie van 5 juli 2016, Overheidsfinanciering van de Brusselse openbare ziekenhuizen van het IRIS-netwerk, zaak SA.19864 – 2014/C, te raadplegen op de volgende site: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/254584/254584_1779215_234_3.pdf.

113 Zie randnummer 218-264 van dit besluit.

114 Gerecht EU 16 oktober 2013, T-275/11, n.n.g. (*TF1*).

115 Gerecht EU 24 september 2015, T-125/12, ECLI:EU:T:2015:687 (*Viasat Broadcasting*).

116 In Gerecht EU 24 september 2015, T-674/11, ECLI:EU:T:2015:684 (*TV2/Danmark II*) was dezelfde financiering aan de orde. In deze zaak vernietigde het Gerecht het besluit van de Commissie gedeeltelijk. De reden hiervoor had niet te maken met de diensten van algemeen economisch belang. Het probleem was dat ten onrechte reclame-inkomsten van de publieke omroep aan de staat waren toegerekend. Daardoor konden de reclame-inkomsten niet als steun worden gezien. Zie r.o. 210-220 van dit arrest.

117 Zie r.o. 87-91 van Gerecht EU, T-125/12. Het evenredigheidsbeginsel bij de toepassing van artikel 106 lid 2 VWEU is erop gericht om te voorkomen dat de steun niet hoger is dan de daadwerkelijk gemaakte kosten. Bij de Altmark-benadering worden daarentegen de kosten van een efficiënt geleide onderneming als vertrekpunt genomen, omdat, indien aan de voorwaarde van deze benadering is voldaan, er geen sprake is van steun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU.

belangrijke benaderingen ontwikkeld om deze belangen te betrekken in mededingingsrechtelijke toetsing.¹¹⁸

In de eerste plaats heeft het Hof in het arrest *Wouters* erkend dat bepaalde afspraken noodzakelijk zijn voor professioneel ethisch handelen. In de tweede plaats heeft het begrip ‘dienst van algemeen economisch belang’ zich stormachtig ontwikkeld. Met name in EU-staatssteunrecht heeft dit begrip een belangrijke plaats ingenomen. Bepaalde concurrentiebeperkingen kunnen geoorloofd zijn, indien de uitvoering van een speciale taak in het geding is. Wel is het dan van belang dat aangetoond wordt dat een dienst van algemeen belang is toevertrouwd en dat mechanismen ter voorkoming van overcompensatie in het leven zijn geroepen. Dit komt erop neer dat de overheid op transparante wijze regelt hoe bepaalde diensten worden verleend.¹¹⁹

Naar mijn mening ligt de oplossing voor het realiseren van een goede verhouding tussen het mededingingsrecht en niet-economische belangen in dit transparante optreden van de overheid. Ik kan me niet aan de indruk onttrekken dat de *Wouters*-benadering nog niet goed van de grond is gekomen, omdat onduidelijk is welke visie de overheid heeft op bepaalde niet-economische belangen. Kartelautoriteiten en rechterlijke instanties schrikken ervoor terug om concurrentiebeperkingen geoorloofd te achten door middel van een creatieve interpretatie van de *Wouters*-benadering, indien onduidelijk is of het daarmee gediende niet-economische belang ook een belangrijke rol speelt in het beleid van de (Europese) overheid.¹²⁰ Met andere woorden, is de behartiging van het aan de orde zijnde niet-economische belang wel democratisch gelegitimeerd? Bij diensten van algemeen economisch belang, die wel een sterke ontwikkeling hebben

doorgemaakt, wordt de specifieke taak door de overheid toegekend aan een onderneming en daarmee is duidelijk dat het aan de orde zijnde belang wordt nagestreefd door de overheid. Daarmee is ook voldaan aan het vereiste van democratische legitimiteit. Indien democratisch gelegitimeerde instellingen (waaronder uiteraard het Europees Parlement) op EU-niveau expliciet de doelstellingen van de EU, zoals onder meer vastgelegd in artikel 3 lid 3 VEU, uitwerken, wordt duidelijk voor de Commissie en de Europese rechters welke niet-economische belangen democratisch zijn gelegitimeerd. Waarom zouden het Europese Parlement en de Raad niet een gemeenschappelijke verklaring kunnen aannemen, waarin specifiek op de doelstellingen uit de Verdragen wordt ingegaan in relatie tot het mededingingsrecht? Transparantie met betrekking tot de rol van niet-economische belangen zal een aansporing zijn voor kartelautoriteiten en rechterlijke instanties om aan niet-economische belangen een plaats te geven in het mededingingsrecht. Als duidelijk is welke belangen grote prioriteit krijgen op EU-niveau kunnen deze belangen worden geïntegreerd in de toepassing van het mededingingsrecht. Als duidelijk is welke ondernemingen een specifieke taak hebben om deze belangen te behartigen, dan wordt het mogelijk om de EU-regels voor diensten van algemeen economisch belang toe te passen. Een transparante overheid is essentieel voor een goede toepassing van het EU-mededingingsrecht op niet-economische belangen. Hierdoor zal ruimte ontstaan voor ondernemingen die niet alleen hun eigen belang (bijvoorbeeld winstmaximalisatie) nastreven, maar ook voor ondernemingen die hun, zoals Hessel dat noemt, ‘maatschappelijke verantwoordelijkheid’ serieus nemen.¹²¹

¹¹⁸ In de conclusies wordt niet ingegaan op de rechtspraak over de immuniteit van collectieve arbeidsovereenkomsten voor het kartelverbod, omdat deze rechtspraak alleen betrekking heeft op het domein van de arbeidsmarkt.

¹¹⁹ Zie hierover C. Wehlander, *Services of General Economic Interest as a Constitutional Concept of EU Law*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2016, p. 218.

¹²⁰ Hessel heeft erop gewezen dat rechters erop gericht zijn concrete geschillen op te lossen en dat hun taak er niet in gelegen is om ontwikkelingen in beleid te stimuleren. Zie Hessel 2016, p. 64.

¹²¹ Zie Hessel 2016, p. 66.